

dete Werkzeuge, Sprachübersetzer, Betriebsprogramme, Betriebssystem, Firmware, Komponenten, Platinen, Bauteile, elektrische Eigenschaften und Umwelt.

## Vertragsprobleme rund um BTX

5. Der letzte Tagungstag war *Problemen der Vertragsgestaltung und Vertragsstörung beim Einsatz BTX gewidmet*. Prof. Dr. Helmut Köhler, Augsburg, führte zunächst in Bedeutung und Anwendungsbereich von BTX ein, um dann verschiedene juristische Probleme anzugehen, wie etwa die Frage, ob Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte, die mit

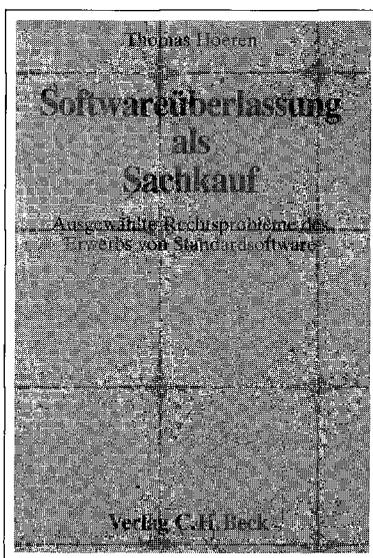
Hilfe von BTX erfolgen, nach den allgemeinen Regeln des BGB zu beurteilen sind. Streitig ist, ob auf den Dialogverkehr die Regeln über Willenserklärungen unter Anwesenden oder unter Abwesenden anzuwenden sind. Heftig diskutiert wurde die Einbeziehungsmöglichkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß § 2 AGBG, die von einer Reihe von Teilnehmern sehr ablehnend beurteilt wurde.

Weitere Probleme entstehen durch eine unbefugte Benutzung von BTX durch Dritte. Köhler vertrat die umstrittene Auffassung, daß die Grundsätze über die abredewidrige Blankettausfüllung anzuwenden seien, wenn der Teilnehmer sein persönliches Kennwort (PIN bzw. TAN) Dritten weitergegeben hat. Köhler hält ferner die Anwendung der Grundsätze der

Duldungs- bzw. Anscheinsvollmacht für möglich, wenn die Kennworte dem Teilnehmer abhanden gekommen sind und von Dritten unbefugt benutzt werden. Ein gewisses Unbehagen gegenüber der Benutzung von BTX, das bei manchem Teilnehmer – auch bei mir – von vornherein vorhanden war, konnte durch Aufzeigen der zivilrechtlichen Gefahren eher vergrößert denn abgebaut werden. Dies gilt umso mehr, als BTX im Gegensatz zu anderen Formen moderner Informationstechnik jedenfalls für den Privatmann als Konsument überflüssig erscheint. Da die BTX-Welle jedoch nicht völlig vermeidbar ist, werden Gerichte künftig wohl vermehrt mit spezifischen Problemen konfrontiert werden. Als Einstimmung darauf erschien der letzte Beitrag gerechtfertigt.

## Thomas Hoeren, Softwareüberlassung als Sachkauf

Rezensiert von Jochen P. Marly



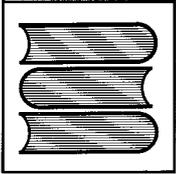
*Ausgewählte Rechtsprobleme des Erwerbs von Standardsoftware*, C. H. Beck, München 1989, XVI, 195 Seiten, kartoniert DM 48,-

Die vertragstypologische Einordnung von Verträgen über Computersoftware zählt zu den am heftigsten umstrittenen Rechtsfragen der EDV. So verwundert

es nicht, eine neuerliche Veröffentlichung zu dieser Thematik vorzufinden, in der abermals versucht wird, die „richtige“ Einordnung aufzuzeigen und hieraus Rechtsfolgen für die konkrete Ausgestaltung und die Zulässigkeit einzelner Klauseln softwarebezogener Verträge herzuleiten. Anders als die Großzahl der bisherigen Stellungnahmen in der Literatur versucht Hoeren in seinem Buch über die Softwareüberlassung aber nicht, sämtliche der möglichen Überlassungsarten zu gruppieren, sondern er beschränkt sich bei seiner Untersuchung auf die unbefristete Überlassung sogenannter Standardsoftware. Mag man diese Selbstbeschränkung auch bedauern, so erblickt Hoeren hierin zu Recht den zur Zeit einzig gangbaren Weg, die Fülle der rechtlichen Probleme wenigstens in diesem abgesteckten Teilbereich umfassend darzule-

gen und einer Lösung zuzuführen.

Hoeren beginnt seine Untersuchung mit einer zusammenfassenden Darstellung der bislang vertretenen Meinungen zur Vertragstypologie und begründet jeweils, worin die Schwächen dieser Auffassung liegen. Im Anschluß daran entwickelt Hoeren eine eigene, wenn auch nicht ganz neue oder gar revolutionäre Konzeption, die ihn dazu führt, Softwareüberlassungsverträge als Sachkauf zu bezeichnen. Hierbei beruft er sich im wesentlichen darauf, daß bei solchen Verträgen die Übertragung des Eigentums an der als Sache zu behandelnden Standardsoftware im Vordergrund stünde (Rdn. 70 ff.) gleichwie das Laden des Programms in den Arbeitsspeicher eines Computers entgegen überwiegender Auffassung keine urheberrechtlich relevante Ver-



vielfältigung i.S.d. § 16 I UrhG darstelle (insbesondere Rdn. 104), weshalb ein Überlassungsvertrag auch nicht die Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts umfasse, die dem Vertrag möglicherweise eine andere typologische Gestalt gebe.

Hoerens Darlegungen zum viel diskutierten Vervielfältigungsbegriff<sup>1</sup> vermögen jedoch nicht zu überzeugen, worauf an dieser Stelle aber nicht im Detail eingegangen werden kann. Deshalb seien zwei Kritikpunkte herausgegriffen.

Insbesondere Hoerens Hauptargument, die Funktion und Beschaffenheit eines Arbeitsspeichers bewirke eine unbeständige Zwischenspeicherung, die als „EDV-technische Randerscheinung“ ohne urheberrechtliche Relevanz sei (Rdn. 104), ist im Hinblick auf seine Ausführungen in Rdn. 89 unverständlich, denn dort wird der Ladevorgang in den Arbeitsspeicher als „EDV-technisch so wichtige Voraussetzung jedes Programmeinsatzes“ bezeichnet, daß er aus der Sicht mancher Lieferanten gleichbedeutend mit der Nutzung der Software sei. Deshalb könne bereits EDV-technisch nicht von einem völlig bedeutungslosen Vorgang gesprochen werden. Diese nicht ohne weiteres einleuchtende Unterscheidung zwischen Ladevorgang in den Arbeitsspeicher und der dortigen „Zwischenspeicherung“ hätte einer eingehenden Erläuterung bedurft.

Darüberhinaus ist auch das von Hoeren gegen die Auffassung der überwiegenden Meinung vorgetragene Argument, der Softwarehersteller könne sich gegen eine Raubkopie im Arbeitsspeicher mit einem Beseitigungsanspruch gem. § 97 I UrhG zur Wehr setzen, höchst zweifelhaft. Zunächst wird durch diesen Rückgriff auf § 97 I UrhG deutlich, daß die Kopie im Arbeitsspeicher eben doch nicht ohne jede urheberrechtliche Relevanz ist, wie Hoeren dies behauptet. Immerhin

kann dieses irrelevante Etwas auch nach Ansicht Hoerens zum Anfertigen weiterer Kopien auf Datenträger und damit für unstreitige Urheberrechtsverletzungen benutzt werden. Damit gleicht die Kopie im Arbeitsspeicher aber im Hinblick des mit ihr erzielbaren Erfolges den Druckstöcken, Negativen, Matrizen oder Masterbändern, deren Herstellung Hoeren ausdrücklich als urheberrechtsrelevante Vervielfältigung bezeichnet (Rdn. 95 Fußn.65), ohne daß die Stromabhängigkeit der Speicherung im Arbeitsspeicher eines Computers bedeutsam wäre. Wollte man dennoch anders entscheiden, führte dies zu dem sonderbaren Ergebnis, daß ein urheberrechtlich völlig irrelevantes Etwas infolge einer Berufung des Urheberrechtshabers auf eine urheberrechtliche Schutznorm beseitigt werden müßte. Mit einer solchen Ausweitung des Beseitigungsanspruchs ließe sich dann aber auch erreichen, daß vom Leser eines Buchs die Beseitigung seines Wissens verlangt werden könnte, wenn er dessen Inhalt vor lauter Begeisterung auswendig lernte und infolgedessen in der Lage wäre, ihn jederzeit unverändert niederzuschreiben. Darüberhinaus würde der von Hoeren vorgeschlagene Weg aber auch etwa dann versagen, wenn der Raubkopierer eine strafbewehrte Unterlassungserklärung im Hinblick auf die Anfertigung von Programmkopien auf Datenträger abgeben würde und deshalb insoweit die Begehungsfahr einer zukünftigen Urheberrechtsverletzung entfele. In einem derartigen Fall wäre nicht ersichtlich, wie die Kopie im Arbeitsspeicher noch eine den Beseitigungsanspruch begründende Störung hervorrufen könnte, weshalb ein Raubkopierer in der Lage wäre, das Programm weiterhin zu nutzen, solange er nur seinen Computer nicht ausschaltete. Dies wäre jedoch für den Raubkopierer bei heutigen Hardware-, Strom- und Softwarepreisen

eine mitunter lohnende Alternative.

Trotz aller Kritik kann Hoeren jedoch im Hinblick auf die Einordnung der von ihm untersuchten Softwareüberlassungsverträge als Sachkauf ohne Einschränkungen zugestimmt werden, weil entgegen der von ihm geäußerten Ansicht (Rdn. 88 f.) die Beantwortung der urheberrechtlichen Vervielfältigungsfrage keine zwingende Vorgabe für die Anwendbarkeit schuldrechtlicher Vorschriften liefert. Hierauf haben bereits der BGH<sup>2</sup> und einige Stimmen in der Literatur<sup>3</sup> hingewiesen, was Hoeren zwar nicht übersieht, aber darauf zurückführt, daß die Vertreter dieser Ansicht die EDV-technische und urheberrechtliche Bedeutung der Diskussion um den Vervielfältigungsbegriff unterschätzen. Bemerkenswert an dieser Stelle seines Buches ist jedoch, daß sich unter den von Hoeren angegebenen Literaturstellen zu der von ihm kritisierten Auffassung ein von ihm selbst geschriebener Aufsatz aus dem Jahre 1988<sup>4</sup> findet. Dort hatte Hoeren die gegenteilige Auffassung vertreten und sich ausdrücklich auf die nunmehr abgelehnte Entscheidung des BGH berufen. Dieser abrupte Sinneswandel bei einer solch wichtigen Fragestellung hätte ebenfalls der Erläuterung bedurft.

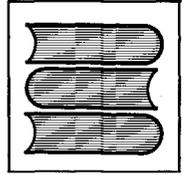
Nach der Einordnung der Überlassungsverträge als Sachkauf untersucht Hoeren einzelne in Softwareüberlassungsverträgen typischerweise vorkommende Klauseln auf ihre Zulässigkeit. Hierbei greift er auf eine privat angelegte Sammlung von etwa

1 Vgl. hierzu Marly, Das Recht des Anwenders zur Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Computersoftware (Teil 1), jur-pc 1989, 18, 19 ff m.w.N. zur fast unüberschaubaren Literatur.

2 Vgl. BGH NJW 1988, 404, 407.

3 Vgl. etwa Dörner/Jersch, Die Rechtsnatur der Software-Überlassungsverträge, IuR 1988, 137, 140.

4 Vgl. Hoeren, Softwareüberlassung an der Schnittstelle von Urheber- und Vertragsrecht, GRUR 1988, 340, 346.



dreihundert verschiedenen Vertragsformularen von Softwareherstellern und -händlern (Rdn. 52) zurück, die es ihm erlaubt, die in der Praxis üblichen Formen herauszustellen und nicht auf einzelne, möglicherweise unübliche Geschäftsbedingungen abstellen zu müssen. Bedauerlicherweise fehlt dem Leser hier jede Kontrollmöglichkeit, weshalb er sich auf die von Hoeren vorgenommene Vorauswahl verlassen muß. Hoeren kündigt jedoch an (Rdn. 52 Fußn. 9), später seine Formularsammlung anderen Interessenten zur Verfügung zu stellen, was hier ausdrücklich begrüßt wird.

Im Hinblick auf Hoerens Ausführungen zu einzelnen typischen Klauseln verdienen seine Darlegungen zu den sogenannten Weitergabeverboten und den sogenannten CPU-Klauseln besondere Hervorhebung, die Hoeren insbesondere anhand von § 9 II Nr.1 AGB-Gesetz überprüft. Zu Recht und mit überzeugender Begründung gelangt Hoeren diesbezüglich zu dem Ergebnis, daß entsprechende Klauseln schuldrechtlich unwirksam sind. Die Interessen der Software-Hersteller sieht Hoeren durch solche Klauseln hinreichend gewahrt, die den Anwender zur Mitteilung von Namen und Anschrift des Wiederkäufers bzw. der Typen-, Modell- und Seriennummer der neuen CPU verpflichten.

Besonders lobenswert sind ferner die Darstellungen zum Erwerb sogenannter Public-Domain-Software (Rdn. 444 ff.), die Hoeren entsprechend weit verbreitetem Sprachgebrauch in zwei Kategorien unterteilt; zunächst die sogenannte „Freeware“, bei der der Programmator auf jede Vergütung verzichtet und sodann die sogenannte „Shareware“, bei der der Programmator die Software lediglich zum Test durch den Anwender freigibt und für den Fall, daß der Anwender das Programm weiter benutzen möchte, eine (meist geringe) Vergütung

erwartet. Mit seinen Ausführungen über derartige Computersoftware und die diesbezüglich abgeschlossenen Verträge betritt Hoeren juristisches Neuland, da sich hierzu selbst in vermeintlich umfassenden Rechtshandbüchern zu Computerprogrammen keinerlei Ausführungen finden. Hoerens Darlegungen zu dieser Thematik sind im wesentlichen überzeugend, wenngleich die doppelgleisige Einordnung der Shareware-Verträge als Sachkauf auf Probe zugunsten des Programmatoren bzw. als eine Kombination von Sachkauf und Schenkungsvertrag je nach Verhalten des Public-Domain-Händlers wohl nicht unwidersprochen bleiben wird.

Heftig widersprochen werden muß Hoeren jedoch im Hinblick auf die von ihm im Anschluß an Mehrings<sup>5</sup> vorgeschlagenen Kontroll- und Besichtigungsklauseln, die den Anwender verpflichten sollen, dem Softwarehersteller oder dessen Beauftragten während der ordentlichen Geschäftszeit Zutritt zu allen Räumen und Einsicht zu gewähren (vornehmlich Rdn. 172). Was in diesem Zusammenhang indes mit Einsicht gemeint ist und insbesondere, worauf sie sich erstreckt, umschreibt Hoeren nicht.

Zu einer derartigen Klausel ist zunächst anzumerken, daß sie nur dann Wirkung entfalten könnte, wenn der Softwarehersteller seinen Besuch nicht ankündigen müßte und sodann sämtliche Räume durchsuchen dürfte. Andernfalls könnte der unredliche Anwender rechtzeitig alle gegebenenfalls bestehenden Kopien vernichten oder verbergen, die er unerlaubt angefertigt hat. Wie jedoch ein jederzeitiges Zutritts- und Einsichtsrecht mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Kaufrechtsregelungen zu vereinbaren sein soll, erläutert Hoeren nicht. Dies erscheint auch nicht möglich, denn die Einräumung eines derartigen Rechts bei Standardsoftware, die Hoeren zutref-

fend als Massenware bezeichnet (Rdn. 4), ist nicht nur für den gewerblichen, sondern insbesondere auch für den privaten Anwender in krassem Maße unzumutbar. Wenn sich Hoeren diesbezüglich allein um die Beeinträchtigung von Betriebsgeheimnissen sorgt (Rdn. 172), sei er hier an den Schutz der eigenen Wohnung und der Privatsphäre erinnert. Jedem Verkäufer von Computermassenware Zutritt zur Wohnung gestatten zu sollen und eine Einsichtnahme (worin auch immer) dulden zu müssen, kann wohl kaum als mit der Rechtsordnung vereinbar bezeichnet werden.

Im Rahmen einer Gesamtwürdigung kann die Abhandlung Hoerens dennoch als besonders lesenswert bezeichnet werden. Insbesondere die an mannigfaltigen Stellen eingestreuten Klauseln aus in der Praxis verwendeten Verträgen, die intensive Auseinandersetzung mit den sich gegenüberstehenden Interessen und die Bearbeitung bisher unberücksichtigt gebliebener Formen der Softwareüberlassung zeichnen dieses Buch aus. Auch die klare Sprache, deren sich Hoeren bedient, erhöhen den Wert seiner Abhandlung, erlaubt sie doch auch solchen Juristen einen Einblick in die untersuchte Problematik, die keine oder nur geringe EDV-Kenntnisse besitzen. Gegenüber diesen überaus positiven Erscheinungen tritt die hier geäußerte Kritik fast völlig in den Hintergrund, weshalb sie getrost als notorische Nörgelei eines alles besserwissenden Rezensenten abgetan werden kann. Möglicherweise ist sie ja auch lediglich Ausfluß einer jeden Rezensenten leicht übermannenden Mißgunst, die besprochene Thematik nicht selbst bearbeitet zu haben.

<sup>5</sup> Vgl. Mehrings, Juristische und ökonomische Aspekte eines Rechtsschutzes für Computersoftware, DB 1987, 1405, 1409.